



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO
E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Protocolado nº 129.984/17

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÕES “ASSESSOR TÉCNICO FERROVIÁRIO II”, “DIRETOR DE DIVISÃO”, “DIRETOR DE SERVIÇO”, “ASSESSOR TÉCNICO FERROVIÁRIO I”, “CHEFE DE OPERAÇÃO”, “ENCARREGADO DE OPERAÇÃO” E “ASSESSOR FERROVIÁRIO”, INSERTAS NA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 1.211, DE 27 DE SETEMBRO DE 2013, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 1.313, DE 27 DE OUTUBRO DE 2017, QUE NÃO REVELAM PLEXOS DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA E DIREÇÃO. FUNÇÕES GENÉRICAS E BUROCRÁTICAS. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 111, 115, II E V, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

1) Cargos de provimento em comissão, cujas atribuições, ainda que descritas em lei, não evidenciam função de assessoramento, chefia e direção, mas, função técnica, burocrática, operacional e profissional a ser preenchida por servidor público investido em cargo de provimento efetivo. Inexigibilidade de especial relação de confiança. (arts. 111, 115, incisos II e V da Constituição Estadual).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

O **Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo**, no exercício da atribuição prevista no art. 116, inc. VI, da Lei Complementar Estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993, e em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º, e no art. 129, inc. IV, da Constituição da República, e ainda no art. 74, inc. VI, e no art. 90, inc. III, da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado, vem perante esse Egrégio Tribunal de Justiça promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face das expressões “Assessor Técnico Ferroviário II”, “Diretor de Divisão”, “Diretor de Serviço”, “Assessor Técnico Ferroviário I”, “Chefe de Operação”, “Encarregado de Operação” e “Assessor Ferroviário”, insertas nas alíneas *a, b, c, e, f, g, h*, do inciso II-A, do art. 6º, das alíneas *a, b, c, d* do inciso II-A, do art. 31, nos Anexos II-A e V da Lei Complementar nº 1.211, de 27 de setembro de 2013, na redação dada pela Lei Complementar nº 1.313, de 27 de outubro de 2017, do Estado de São Paulo, pelos fundamentos expostos a seguir.

I – RETROSPECTIVA

Importante registrar, inicialmente, que a Lei Complementar Estadual nº 1.211, de 27 de setembro de 2013, foi objeto de anterior ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade de nº 2240254-75.2015.8.26.0000, que impugnava as expressões “Diretor Ferroviário”, “Diretor de Departamento”, “Assistente Técnico Ferroviário I e II”, “Diretor de Divisão”, “Diretor de Serviço”, “Chefe de Operação”, “Encarregado de Serviço” e “Assistente Ferroviário”.

Os cargos em comissão citados acima foram declarados inconstitucionais, tendo em vista que as atribuições previstas em Decreto



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

não revelavam plexos de assessoramento, chefia e direção, além da ausência da necessidade de especial confiança para seu exercício, cujo acórdão encontra-se assim ementado:

“DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Impugnação aos arts. 3º, 4º, 6º, II, alíneas ‘a’, ‘b’, ‘c’, ‘d’, ‘e’, ‘f’ e ‘g’, 9º, 31 e Anexo II, da Lei nº 1.211 de setembro de 2013, do Estado de São Paulo. Cargos de provimento em comissão que não retratam atribuições de assessoramento, chefia e direção, senão funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais a serem preenchidas por servidores investidos em cargos de provimento eletivo. Alegada violação de dispositivos da Constituição Estadual (arts. 98 a 100, 111, 115, I, II e V, e art. 144). Violação caracterizada. Funções que não justificam a necessidade de vínculo de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor, a ensejar regime extraordinário de livre nomeação e exoneração, além da submissão ao regime celetista. Vagas a serem preenchidas por servidores investidos em cargos de provimento eletivo. Ação que se julga procedente, para o fim de declarar a inconstitucionalidade parcial da norma impugnada, com relação aos cargos especificamente indicados, bem como a incompatibilidade de todos os cargos em comissão com o regime celetista. Modulação de efeitos pelo prazo de 180 dias”.

Desta decisão houve interposição de recursos extraordinários, por parte da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e pelo



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Governador, que foram julgados prejudicados, em decisão monocrática do douto Min. Marco Aurélio, diante do advento da Lei Complementar Estadual nº 1.313, de 27 de outubro de 2017.

A ementa encontra-se assim descrita:

“PROCESSO OBJETIVO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PERDA DE OBJETO – PREJUÍZO”.
(STF, Recurso Extraordinário nº 1.054.043 São Paulo, Min. Marco Aurélio)

Ocorre que, ao analisar a Lei Complementar Estadual nº 1.313, de 27 de outubro de 2017, foi possível constatar a existência de semelhantes vícios de inconstitucionalidades apontados na citada ação direta.

Por isso, tem-se o ajuizamento da presente ação direta de inconstitucionalidade.

II – DOS DISPOSITIVOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

A Lei Complementar nº 1.313, de 27 de outubro de 2017, que “Altera a Lei Complementar nº 1.211, de 27 de setembro de 2013, que institui o Plano de carreiras, de empregos públicos e Sistema retributório para os servidores ferroviários da Estrada de Ferro Campos do Jordão – EFCJ, e dá providências correlatas, no que interessa, assim dispõe (fls. 03/08 e 41/46):

“(…)

Art. 6º - Para fins de implantação do Plano de Carreiras, de Empregos Públicos Permanentes e Sistema Retributório de que trata esta lei complementar, ficam instituídas, no Quadro de Pessoal da EFCJ, as classes e carreiras a seguir mencionadas:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

(...)

II – Subquadro de Cargos em Comissão (SQC-C):

- a) **Assessor Ferroviário;**
- b) **Assessor Técnico Ferroviário I;**
- c) **Assessor Técnico Ferroviário II;**
- d) Diretor de Departamento;
- e) **Diretor de Divisão;**
- f) **Diretor de Serviço;**
- g) **Chefe de Operação;**
- h) **Encarregado de Serviço.**

(...)

Art. 31 – (...)

II – A – no Subquadro de Cargos em Comissão (SQC-C), a que se refere o inciso II do artigo 3º desta lei complementar:

- a) **1 (um) de Assessor Ferroviário, Referência C1;**
- b) **5 (cinco) de Assessor Técnico Ferroviário I, Referência C 5;**
- c) **11 (onze) de Diretor de Divisão, Referência C5;**
- d) **2 (dois) de Assessor Técnico Ferroviário II, Referência C6;**
- e) 4 (quadro) de Diretor de Departamento, Referência C7.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

(...)

Anexo II – A

Subquadro Cargos em Comissão

DENOMINAÇÃO	REFERÊNCIA	QUANTIDADE
Diretor Ferroviário	C8	1
Diretor de Departamento	C7	4
Assessor Técnico Ferroviário II	C6	4
Diretor de Divisão	C5	11
Diretor de Serviço	C4	6
Assessor Técnico Ferroviário I	C5	6
Chefe de Operação	C3	14
Encarregado de Operação	C2	6
Assessor Ferroviário	C1	1
TOTAL		53

(...)

DENOMINAÇÃO CARGOS COMISSÃO	– EM	EXIGÊNCIAS	ATRIBUIÇÕES SUMÁRIAS
Diretor Ferroviário		Graduação em curso de nível superior, com experiência comprovada de, no mínimo, 6 (seis) anos na área de Ferroviárias e/ou Gestão Pública e/ou Turismo.	Gerir, orientar e supervisionar a execução de atividades da Estrada de Ferro Campos de Jordão. Implementar políticas, diretrizes, estratégias, planos, projetos, programas, normas e procedimentos, incluindo aqueles relativos à operação, expansão e manutenção dos sistemas e serviços operados. Prestar assessoramento a alta Administração em assuntos relacionados a Estrada de Ferro Campos de Jordão.
Diretor de Departamento		Graduação em curso de	Gerir, coordenar e



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

	nível superior e experiência profissional comprovada de, no mínimo, 5 (cinco) anos em assuntos relacionados com as atividades a serem desempenhadas.	supervisionar a execução de atividades afetas a área de atuação. Orientar seus subordinados na realização dos trabalhos, bem como na conduta funcional. Preparar informações e demonstrativos sobre serviços executados. Assistir as atribuições do Diretor Ferroviário, bem como auxiliar as demais áreas da Estrada de Ferro Campos do Jordão, no desenvolvimento de suas ações, nas diversas áreas do órgão.
Assessor Técnico Ferroviário II	Graduação em curso de nível superior e experiência profissional comprovada de, no mínimo, 5 (cinco) anos em assuntos relacionados com as atividades a serem desempenhadas.	Prestar atividades de assessoramento aos Diretores em unidades específicas da Estrada de Ferro de Campos do Jordão, vinculadas ao Diretor Ferroviário. Realizar atividades definidas pela Diretoria Ferroviária nas diversas áreas da Estrada de Ferro Campo do Jordão.
Diretor de Divisão	Graduação em curso de nível superior e experiência profissional comprovada de, no mínimo, 4 (quatro) anos em assuntos relacionadas com as atividades a serem desempenhadas.	Gerir, coordenar e supervisionar a execução de atividades afetas a área de atuação. Orientar seus subordinados na realização dos trabalhos, bem como na conduta funcional. Preparar informações e demonstrativos sobre serviços executados. Assistir as atribuições do



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

		Diretor Ferroviário, bem como auxiliar as demais áreas da Estrada de Ferro Campos do Jordão, no desenvolvimento de suas ações, nas diversas áreas do órgão.
Diretor de Serviço	Graduação em curso de nível e experiência profissional comprovada de no mínimo, 3 (três) anos em assuntos relacionados com as atividades a serem desempenhadas.	Gerir, coordenar e supervisionar a execução de atividades afetas a área de atuação. Orientar seus subordinados na realização dos trabalhos, bem como na conduta funcional. Preparar informações e demonstrativos sobre serviços executados. Assistir as atribuições do Diretor Ferroviário, bem como auxiliar as demais áreas da Estrada de Ferro Campos do Jordão, no desenvolvimento de suas ações, nas diversas áreas do órgão.
Assessor Ferroviário I	Graduação em curso de nível superior e experiência profissional comprovada de, no mínimo, 3 (três) anos em assuntos relacionados com as atividades a serem desempenhadas.	Prestar atividades de assessoramento aos Diretores de Departamento e/ou Diretor Ferroviário em unidades técnicas da Estrada de Ferro Campos do Jordão. Realizar atividades definidas pela Diretoria Ferroviária nas diversas áreas da Estrada de Ferro Campos do Jordão.
Chefe de Operação	Certificado de conclusão do ensino médio ou	Gerir, supervisionar, orientar, acompanhar as



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

	equivalente e experiência profissional comprovada de, no mínimo, 2 (dois) anos em assuntos relacionados com as atividades a serem desempenhadas.	atividades de desenvolvimento de planos e ações nas diversas áreas de atuação do órgão. Assistir o Diretor de Divisão, bem como prestar informações de rotina necessárias para a tomada de decisões.
Assessor Ferroviário	Certificado de conclusão do ensino médio ou equivalente e experiência profissional comprovada de, no mínimo, 1 (um) ano em assuntos relacionados com as atividades a serem desempenhadas	Prestar atividades de assessoramento em atividades de apoio administrativo e geral nas diversas áreas da organização.
Encarregado de Operação	Certificado de conclusão do ensino médio ou equivalente e experiência profissional comprovada de, no mínimo, 1 (um) ano em assuntos relacionados com as atividades a serem desempenhadas.	Gerir, supervisionar, orientar as atividades afetas a área de atuação, inclusive em relação aos serviços terceirizados. Assistir o Chefe de Operação, bem como prestar informações de rotina necessárias para a tomada de decisões.

(...)” g.n

III - O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

Os dispositivos impugnados, editados na estrutura administrativa estadual, contrariam frontalmente os seguintes preceitos da Constituição do Estado de São Paulo:

“(...)”



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Artigo 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

(...)

Artigo 115 - Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissões, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração;

(...)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

(...)"



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

IV – FUNDAMENTAÇÃO

– DA CRIAÇÃO INDISCRIMINADA, ABUSIVA E ARTIFICIAL DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO QUE NÃO REPRESENTAM ATRIBUIÇÕES DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA E DIREÇÃO, INSERTOS NA ESTRUTURA DA ESTRADA DE FERRO CAMPOS DO JORDÃO - EFCJ

Da leitura dos Anexos II-A e V da Lei Complementar nº 1.313, de 27 de outubro de 2017, depreende-se a existência de 53 cargos de provimento em comissão na estrutura administrativa da Estrada de Ferro de Campos do Jordão, sendo estes: 1 (um) Diretor Ferroviário, 4 (quatro) Diretores de Departamento, 4 (quatro) Assessores Técnico Ferroviário II, 11 (onze) Diretores de Divisão, 6 (seis) Diretores de Serviço, 6 (seis) Assessores Técnico Ferroviário I, 14 (catorze) Chefes de Operação, 6 (seis) Encarregado de Operação e 1 (um) Assessor Ferroviário.

No caso em testilha, contestam-se as expressões “Assessor Técnico Ferroviário II”, “Diretor de Divisão”, “Diretor de Serviço”, “Assessor Técnico Ferroviário I”, “Chefe de Operação”, “Encarregado de Operação” e “Assessor Ferroviário”, porque suas atribuições, previstas em lei, não revelam plexos de assessoramento, chefia e direção, em violação aos arts. 111, 115, II e V, da Constituição Estadual.

Com efeito, o **Assessor Técnico Ferroviário I** e o **Assessor Técnico Ferroviário II** exercem idênticas atribuições.

Ademais, as atribuições realizadas pelos servidores citados acima são de natureza genérica relativas a “*prestar atividades de assessoramento aos Diretores em unidades específicas da Estrada de Ferro Campos do Jordão, vinculadas ao Diretor Ferroviário*” e “*realizar atividades definidas pela Diretoria Ferroviária nas diversas áreas da Estrada de Ferro Campos do Jordão*”.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Note-se, ainda, que os referidos servidores em comissão não estão vinculados ao Governador ou Secretários e estão distantes do comando da administração estadual, não justificando o provimento comissionado.

Os 11 (onze) **Diretores de Divisão** e os 6 (seis) **Diretores de Serviço** realizam idênticas atribuições.

Ademais, os servidores mencionados acima desempenham as mesmas atribuições conferidas aos 4 (quatro) Diretores de Departamento, **os quais não estão sendo questionados na presente ação direta.**

É inconcebível que os órgãos de Departamentos, previstos na estrutura administrativa da Estrada de Ferro Campos do Jordão – EFCJ, necessitem de 4 (quatro) Diretores de Departamento, 11 (onze) Diretores de Divisão e de 6 (seis) Diretores de Serviço, portanto, 21 (vinte e um) servidores para desempenho de idênticas atribuições.

Não bastasse, as atribuições são de natureza genérica e burocrática, como, por exemplo, gerir, coordenar e supervisionar a execução de atividades afetas a sua área de atuação, preparar informações e demonstrativos sobre serviços executados, dentre outras.

Os 14 (catorze) **Chefes de Operação** e os 6 (seis) **Encarregados de Operação**, apesar de serem providos por empregados públicos permanentes, nos termos §2º do art. 6º da Lei Complementar nº 1.211, de 27 de setembro de 2013, na redação dada pela Lei Complementar nº 1.313, de 27 de outubro de 2017, estão sendo questionados na presente exordial por suas atribuições revelarem natureza genérica e burocrática, bem como estarem distantes do comando da administração.

Com efeito, os Chefes de Operação e os Encarregados de Operação realizam semelhantes atribuições.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Não bastasse, os Chefes de Operação estão vinculados ao Diretor de Divisão e os Encarregados de Operação aos Chefe de Operação, portanto, distantes do comando da administração estadual, não justificando o provimento comissionado.

A atribuição de “*gerir, supervisionar, orientar, acompanhar as atividades de desenvolvimento de planos e ações nas diversas áreas de atuação do órgão*”, “*assistir o Diretor de Divisão*” e “*prestar informações de rotina necessárias para a tomada de decisões*” desempenhadas pelos **Chefe de Operação**, são de natureza genérica e burocrática.

Assim, como “*gerir, supervisionar, orientar as atividades afetas a área de atuação, inclusive em relação aos serviços terceirizados*”, “*assistir o Chefe de Operação*” e “*prestar informações de rotina necessárias para a tomada de decisões*” conferidas para os **Encarregados de Operação**, são de natureza genérica e burocrática.

Por fim, o “**Assessor Ferroviário**” desempenha atribuições de natureza genérica e burocrática relacionadas a “*prestar atividades de assessoramento em atividades de apoio administrativo e geral nas diversas áreas da organização*”.

As atividades dos cargos acima referidos são executórias e refletem atos da rotina de funcionamento da máquina administrativa, o que fulmina a possibilidade de provimento em comissão.

Trata-se, portanto, de atribuições distantes dos encargos de comando superior onde se exige especial confiança e afinamento com as diretrizes políticas do governo.

Dessa forma, os cargos comissionados anteriormente destacados são incompatíveis com a ordem constitucional vigente, em especial **com o art. 115 incisos II e V da Constituição do Estado de São Paulo**.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Embora o Estado seja dotado de autonomia política e administrativa, dentro do sistema federativo (cf. art. 1º e art. 18 da Constituição Federal), esta autonomia não tem caráter absoluto, pois se limita ao âmbito pré-fixado pela Constituição Federal (cf. José Afonso da Silva, *Direito constitucional positivo*, 13. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 459).

A autonomia estadual deve ser exercida com a observância dos princípios contidos na Constituição Federal e na Constituição Estadual (cf. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 285).

No exercício de sua autonomia administrativa, o Estado cria cargos, empregos e funções, mediante atos normativos, instituindo carreiras, vencimentos, entre outras questões, bem como se estruturando adequadamente.

Todavia, a possibilidade de que o Estado organize seus próprios serviços encontra balizamento na própria ordem constitucional, sendo necessário que o faça através de lei, respeitando normas constitucionais federais e estaduais relativas ao regime jurídico do serviço público.

A regra, no âmbito de todos os Poderes Públicos, deve ser o preenchimento dos postos através de concurso público de provas ou de provas e títulos, pois assim se garante a acessibilidade geral (prevista inclusive no art. 37, I, da Constituição Federal; bem como no art. 115, I, da Constituição do Estado de São Paulo). Essa deve ser a forma de preenchimento dos cargos e cargos de natureza técnica ou burocrática.

A criação de cargos de provimento em comissão, de livre nomeação e exoneração, deve ser limitada aos casos em que seja exigível **especial relação de confiança entre o governante e o servidor**, para que



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

adequadamente sejam desempenhadas funções inerentes à atividade predominantemente política.

Há implícitos limites à sua criação, visto que, assim não fosse, estaria na prática aniquilada a exigência constitucional de concurso para acesso ao serviço público.

A propósito, anota Hely Lopes Meirelles, amparado em precedente do E. STF, que *“a criação de cargo em comissão, em moldes artificiais e não condizentes com as praxes do nosso ordenamento jurídico e administrativo, só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional do concurso (STF, Pleno, Repr. 1.282-4-SP)”* (*Direito administrativo brasileiro*, 33. ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 440).

Podem ser de livre nomeação e exoneração apenas aqueles cargos ou empregos que, pela própria natureza das atividades desempenhadas, exijam excepcional relação de confiança e lealdade, isto é, verdadeiro **comprometimento político e fidelidade com relação às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos**, que vão bem além do dever comum de lealdade às instituições públicas, necessárias a todo e qualquer servidor.

É esse o fundamento da argumentação no sentido de que *“os cargos em comissão são próprios para a direção, comando ou chefia de certos órgãos, onde se necessita de um agente que sobre ser de confiança da autoridade nomeante se disponha a seguir sua orientação, ajudando-a a promover a direção superior da Administração. Por essas razões percebe-se quão necessária é essa fragilidade do liame. A autoridade nomeante não pode se desfazer desse poder de dispor dos titulares de tais cargos, sob pena de não poder contornar dificuldades que surgem quando o*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

nomeado deixa de gozar de sua confiança” (cf. Diógenes Gasparini, *Direito administrativo*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 1993, p. 208).

Daí a afirmação de que *“é inconstitucional a lei que criar cargo em comissão para o exercício de funções técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza puramente profissional, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento superior”* (cf. Adilson de Abreu Dallari, *Regime constitucional dos servidores públicos*, 2. ed., 2. tir., São Paulo, RT, 1992, p. 41, g.n.).

São a natureza do cargo e as funções a ele cometidas pela lei que estabelecem o imprescindível *“vínculo de confiança”* (cf. Alexandre de Moraes, *Direito constitucional administrativo*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 158), que justifica a dispensa do concurso. Daí o entendimento de que tais cargos devam ser destinados *“apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”* (cf. Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 5. ed., São Paulo, RT, p. 317).

Essa também é a posição do E. STF (ADI-MC 1141/GO, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, J. 10/10/1994, Pleno, DJ 04-11-1994, PP-29829, EMENT VOL-01765-01 PP-00169).

Não é qualquer unidade de chefia, assessoramento ou direção que autoriza o provimento em comissão, a atribuição do cargo deve reclamar especial relação de confiança para desenvolvimento de funções de nível superior de condução das diretrizes políticas do governo.

Pela análise da natureza e atribuições dos cargos de provimento em comissão impugnados não se identifica os elementos que justificam o provimento.

Escrevendo na vigência da ordem constitucional anterior, mas em lição plenamente aplicável ao caso em exame, anotava Márcio



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Cammarosano a existência de limites à criação de postos comissionados pelo legislador. A Constituição objetiva, com a permissão para tal criação, *“propiciar ao Chefe de Governo o seu real controle mediante o concurso, para o exercício de certas funções, de pessoas de sua absoluta confiança, afinadas com as diretrizes políticas que devem pautar a atividade governamental. Não é, portanto, qualquer plexo unitário de competências que reclama seja confiado o seu exercício a esta ou aquela pessoa, a dedo escolhida, merecedora da absoluta confiança da autoridade superior, mas apenas aquelas que, dada a natureza das atribuições a serem exercidas pelos seus titulares, justificam exigir-se deles não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, como também um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade pessoal à autoridade superior (...). Admite-se que a lei declare de livre provimento e exoneração cargos de diretoria, de chefia, de assessoria superior, mas não há razão lógica que justifique serem declarados de livre provimento e exoneração cargos como os de auxiliar administrativo, fiscal de obras, enfermeiro, médico, desenhista, engenheiro, procurador, e outros mais, de cujos titulares nada mais se pode exigir senão o escorreito exercício de suas atribuições, em caráter estritamente profissional, técnico, livres de quaisquer preocupações e considerações de outra natureza”* (Provimento de cargos públicos no direito brasileiro, São Paulo, RT, 1984, p. 95/96).

Inclusive a posição aqui sustentada encontra esteio em inúmeros julgados desse E. Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Criação de cargos de provimento em comissão de "Assistente Orçamentário-Contábil", "Assistente



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Técnico de Projetos", "Encarregado de Serviço de Recepção", "Administrador de Manutenção Predial", "Assistente Técnico em Operação de Geoprocessamento Cadastral" e "Assistente Técnico de Programação Tributária", constantes dos Quadros I e IX da Lei nº 5.831, de 03 de abril de 2008, e dos Quadros II e III da Lei nº 5.982, de 11 de novembro de 2009, do Município de São Bernardo do Campo; "Coordenador do Centro de Referência de Assistência Social", previsto no Quadro de Pessoal Estatutário e no Quadro II da Lei nº 5.500, de 09 de março de 2006, e nos Quadros II e III da Lei nº 5.982, de 11 de novembro de 2009; "Revisor de Obras Particulares", previsto no Quadro VI da Lei nº 5.848, de 17 de abril de 2008, e nos Quadros II e III da Lei nº 5.982, de 11 de novembro de 2009; "Consultor de Gestão Social", "Coordenador do CREAS" e "Coordenador de Programa Municipal de Serviço Voluntário", insertos nos Quadros II e VI da Lei nº 5.850, de 24 de abril de 2008, e nos Quadros II e III da Lei nº 5.982, de 11 de novembro de 2009; "Encarregado de Serviço de Expediente", "Encarregado de Serviço de Atenção à Pessoa em Situação de Rua", "Encarregado de Serviço de Atenção à Mulher Vítima de Violência Doméstica", "Encarregado de Serviço de Atenção ao Idoso em Risco Pessoal e Social", "Encarregado de Serviço de Educação e Qualificação Profissional" e "Encarregado de Serviço de Apoio aos Órgãos Colegiados", contidos nos Quadros II e III da Lei nº



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

5.982, de 11 de novembro de 2009, do Município de São Bernardo do Campo – Alegação de que a descrição das atribuições desempenhadas pelos ocupantes dos referidos cargos, não revela natureza exigente da confiança senão plexo de competências comuns, técnicas profissionais - É necessário que a legislação demonstre, de forma efetiva, que as atribuições dos cargos a serem criados se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração - Atribuições não inerentes a natureza das funções de direção, chefia e assessoramento – Violação aos artigos 111, 115, incisos II, V e 144, da Constituição do Estado de São Paulo - Modulação dos efeitos. Pedido procedente, com modulação”. (TJ/SP, ADI nº 2228551-79.2017.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Anafe, julgada em 07 de março de 2018)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CARGOS DE "Assistente Técnico 1", "Assistente Técnico 2", "Assistente Administrativo", "Assessor", "Diretor de Departamento", "Coordenador", "Coordenador Técnico", "Auditor", "Assessor Econômico", "Atendente Chefe Procon", "Atendente PAT", "Agente de Crédito", "Regente Conservatório", "Supervisor da Junta do Serviço Militar", "Assessor Técnico Legislativo" e "Assessor Jurídico" previstos no Anexo B, Tabelas 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, da Lei nº 2.811, de 16 de maio de 2007; "Diretor de Departamento", "Auditor", "Ouvidor", "Assessor 1", "Assessor 2", "Coordenador Técnico",



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

"Assistente Técnico 1", "Regente Conservatório", "Coordenador", "Assistente Técnico 2", "Supervisor da Junta do Serviço Militar", "Atendente Chefe do Procon", "Atendente Chefe do PAT", "Atendente Chefe do Banco do Povo", "Assistente Administrativo de Gabinete", "Atendente PAT", "Atendente Banco do Povo", "Atendente Procon", previstos no Anexo I, Tabela 1, da Lei nº 2.814, de 16 de maio de 2007, na redação dada pelo art. 1º da Lei nº. 2.885, de 13 de maio de 2.008; de "Assistente de Direção de Escola", "Coordenador Pedagógico" e "Diretor de Escola", insertos no Anexo II, Tabela II da Lei nº 2.979, de 02 de dezembro de 2009; de "Diretor de Departamento", contido no art. 4º, da Lei 3.086, de 14 de outubro de 2.011; de "Diretor Médico", "Médico Auditor", "Diretor de Departamento", "Coordenador Técnico", "Supervisor de Gestão de Resíduos", "**Diretor de Divisão**", "Assistente Técnico", "Coordenador da Pessoa com Deficiência", "Coordenador da Pessoa Idosa" E "Coordenador da Defesa Civil", criados pelos arts. 13, parágrafo único, 17, § 1º, 20, parágrafo único, I, II, III e IV, 23, I e parágrafo único, I, II, III e IV, 23, I e parágrafo único I e II, 27 e 31 da Lei 3.190, de 20 de julho de 2.013; de "Chefe de Fiscalização de Posturas Municipais" criado pelo art. 6º, da Lei nº. 3.215, de 01 de outubro de 2.013; de "Diretor de Departamento", previsto no art. 1º, da Lei 3.224, de 18 de outubro de 2.013; E da expressão "Diretor de Departamento", contida no art. 4º, da Lei 3.506, de



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

25 de setembro de 2015, todas do Município de Salto - ATRIBUIÇÕES DE NATUREZA TÉCNICA E BUROCRÁTICA, QUE NÃO SE AMOLDAM ÀS HIPÓTESES EXCEPCIONAIS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO – VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 111 E 115, II E V, DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE - SUJEIÇÃO DOS SERVIDORES COMISSIONADOS AO REGIME CELETISTA PROMOVIDA PELO ARTIGO 2º, DA LEI MUNICIPAL Nº 2.814/2007 – IMPOSSIBILIDADE – PRECARIIDADE DAS NOMEAÇÕES QUE NÃO SE COMPATIBILIZAM COM A VEDAÇÃO DA DISPENSA IMOTIVADA PREVISTA NA CLT - INCONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS RECONHECIDA – AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO DOS EFEITOS”. (TJ/SP, ADI nº 2142089-22.2017.8.26.0000, Des. Rel. Ferraz de Arruda, julgada procedente em 29 de novembro de 2017) g.n

Cabe também registrar que entendimento diverso do aqui sustentado significaria, na prática, **negativa de vigência ao art. 115, incisos II e V da Constituição Estadual, bem como ao art. 37 incisos II e V da Constituição Federal, bem como aos princípios de moralidade e impessoalidade constantes do art. 111 da Constituição Paulista (que reproduzem o quanto disposto na cabeça do art. 37 da Constituição Brasileira).**

V - DO PEDIDO LIMINAR

À saciedade demonstrado o *fumus boni iuris*, pela ponderabilidade do direito alegado, soma-se a ele o *periculum in mora*. A atual tessitura dos preceitos legais do Estado de São Paulo apontados como violadores



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

de princípios e regras da Constituição do Estado de São Paulo é sinal, *de per se*, para suspensão de sua eficácia até final julgamento desta ação, evitando-se ilegítima investidura em cargos públicos e a consequente oneração financeira do erário.

Encontra-se claramente demonstrado que as atribuições dos cargos de “Assessor Técnico Ferroviário II”, “Diretor de Divisão”, “Diretor de Serviço”, “Assessor Técnico Ferroviário I”, “Chefe de Operação”, “Encarregado de Operação” e “Assessor Ferroviário”, insertos na estrutura administrativa da Estrada de Ferro de Campos do Jordão – EFCJ, não revelam plexos de assessoramento, chefia e direção, em afronta ao art. 111, 115, II e V, da Constituição Estadual.

O perigo da demora decorre, especialmente, da ideia de que, sem a imediata suspensão da vigência e da eficácia da disposição normativa questionada, subsistirá a sua aplicação. Serão realizadas despesas que, dificilmente, poderão ser revertidas aos cofres públicos na hipótese provável de procedência da ação direta.

Basta lembrar que os pagamentos realizados aos servidores públicos nomeados para ocuparem tais cargos, certamente, não serão revertidos ao erário, pela argumentação usual, em casos desta espécie, no sentido do caráter alimentar da prestação e da efetiva prestação dos serviços.

A ideia do fato consumado, com repercussão concreta, guarda relevância para a apreciação da necessidade da concessão da liminar na ação direta de inconstitucionalidade.

Note-se que, com a procedência da ação, pelas razões declinadas, não será possível restabelecer o *status quo ante*.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Assim, a imediata suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados evitará a ocorrência de maiores prejuízos, além dos que já se verificaram.

De resto, ainda que não houvesse essa singular situação de risco, restaria, ao menos, a excepcional conveniência da medida.

Com efeito, no contexto das ações diretas e da outorga de provimentos cautelares para defesa da Constituição, o juízo de conveniência é um critério relevante, que vem condicionando os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, preordenados à suspensão liminar de leis aparentemente inconstitucionais (cf. ADIN-MC 125, j. 15.2.90, DJU de 4.5.90, p. 3.693, rel. Min. Celso de Mello; ADIN-MC 568, RTJ 138/64; ADIN-MC 493, RTJ 142/52; ADIN-MC 540, DJU de 25.9.92, p. 16.182).

À luz deste perfil, requer a concessão de liminar para a suspensão da eficácia das expressões “Assessor Técnico Ferroviário II”, “Diretor de Divisão”, “Diretor de Serviço”, “Assessor Técnico Ferroviário I”, “Chefe de Operação”, “Encarregado de Operação” e “Assessor Ferroviário”, inseridas nas alíneas *a, b, c, e, f, g, h*, do inciso II-A, do art. 6º, das alíneas *a, b, c, d* do inciso II-A do art. 31, nos Anexos II-A e V da Lei Complementar nº 1.211, de 27 de setembro de 2013, na redação dada pela Lei Complementar nº 1.313, de 27 de outubro de 2017, do Estado de São Paulo.

VI - DO PEDIDO PRINCIPAL

Face ao exposto, requer-se o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, seja julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade das expressões “Assessor Técnico Ferroviário II”, “Diretor de Divisão”, “Diretor de Serviço”, “Assessor Técnico Ferroviário I”, “Chefe de Operação”, “Encarregado de Operação” e “Assessor



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Ferrovário”, insertas nas alíneas *a, b, c, e, f, g, h*, do inciso II-A, do art. 6º, das alíneas *a, b, c, d* do inciso II-A do art. 31, nos Anexos II-A e V da Lei Complementar nº 1.211, de 27 de setembro de 2013, na redação dada pela Lei Complementar nº 1.313, de 27 de outubro de 2017, do Estado de São Paulo.

Requer-se, ainda, que sejam requisitadas informações à Assembleia Legislativa e ao Governador do Estado de São Paulo, bem como posteriormente citado o Procurador-Geral do Estado para manifestar-se sobre os dispositivos normativos impugnados.

Posteriormente, aguarda-se vista para fins de manifestação final.

Termos em que,

Aguarda-se deferimento.

São Paulo, 13 de abril de 2018.

GIANPAOLO POGGIO SMANIO
Procurador-Geral de Justiça

aca/mi



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA

Protocolado nº 129.984/17

Objeto: cargos de provimento em comissão, insertos na Lei Complementar nº 1.211, de 27 de setembro de 2013, na redação dada pela Lei Complementar nº 1.313, de 27 de outubro de 2017, do Estado de São Paulo

1. Distribua-se eletronicamente a inicial da ação direta de inconstitucionalidade, junto ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.
2. Oficie-se ao interessado comunicando-se o ajuizamento da presente ação direta de inconstitucionalidade.

São Paulo, 13 de abril de 2018.

GIANPAOLO POGGIO SMANIO
Procurador-Geral de Justiça

aca/mi